مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شمارهٔ پیاپی ۸۵/۱،
پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص۴۸-۲۹

قاضی شدن زن در فقه شیخ طوسی – ریشه یابی و تحلیل*

دکتر علی تولّائی
استادیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه یزد
Email: tavallaei@yazduni.ac.ir

چکیده

بحث قاضی شدن زن نخستین بار شیخ طوسی به صراحت در دو کتاب *الخلاف و المبسوط*، به تبع اهل سنت، مطرح کرد. شیخ طوسی به عنوان یکی از نقاط عطف در تاریخ فقه امامیه، در گسترش کمّی و کیفی فقه نقش زیادی داشته است.محقق با اتخاذ روش تاریخی، سؤالات زیر را طرح و تأملی بر ادلّة شیخ طوسی دارد: چرا شیخ طوسی در این مسأله به «اجماع» استناد نکرد؟ چرا شیخ طوسی به ظاهر آیه شریفة: « الرجال قوامون علی النساء . . » استناد نکرد؟ اعتبار تاریخی حدیث مورد استناد شیخ در این مسأله تا چه اندازه ای است؟ اصل «عدم جعل قضا» برای زن که اصلی ترین دلیل وی را تشکیل می دهد چگونه قابل تحلیل است؟

تمرکز بر روش طرح مسأله، چینش داده ها، ارائهٔ مبانی و نتایج حاصل از آن در این مسأله، «صورت» مناسبی برای پرداختن به «محتوا» و تحلیل مسأله بر اساس مبانی اصولی به شیوة فقه جواهری در سایر مباحث و مسائل فقهی فراهم می کند.

کلیدواژه‌ها: قاضی شدن، زن، فقه، شیخ طوسی، قضا، پیشینهٔ تاریخی.

---

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۲/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۱۲/۲۶.

طرح مسأله

مسألة قاضی شدن زن یکی از مسائل تفریعی و استنباطی در فقه است که در دوره ای پس از تدوین فقه به محافل فقهی راه یافت و اگر چه عملاً مسأله ای مبتلا به در جامعه نبود (نک: *وکیع*، سراسر کتاب)، اما در سدة پنجم ق.، در کنار مباحث نظری، گسترش قابل ملاحظه ای یافت. بنا به گفتة ابن قدامه (۳۸۰/۱۱)، پیامبر اکرم (ص) و خلفای پس از ایشان، منصب قضا یا ولایت بر شهری را به زنی نداده اند و اگر قاضی شدن زن جایز بود، غالباً گزارشی دربارة آن به دست ما می‌رسید.

در پی جویی از زمینه های پیدایی این مسأله، نقش برخی از حرکت‌های سیاسی صدر اسلام را نمی توان نادیده گرفت. به نظر می رسد جنگ جمل هر چند اساساً حرکتی سیاسی بود، همان‌گونه که زمینه ای برای موضع گیری‌های کلامی گردید (نک: پاکتچی، *«اسلام، اندیشه های کلامی در سدة نخست هجری»*، ۴۱۹)، در نگرش فقیهان دوره های بعد، به احکام اجتماعی مربوط به زن نیز تأثیرگذار بوده است (برای نکوهش زنان از سوی حضرت علی (ع) پس از جنگ جمل نک: ابن طاووس، ۲۵۳: نامه حضرت خطاب به شیعیان، به قلم عبیدالله بن ابی رافع؛ نیز نک: *نهج البلاغه*، ۱۵۷/۱:خطبه ۷۷؛ برای مستندات آن نک: عرشی، ۵۵؛ حسینی خطیب، ۳۹۰/۱، ۸۶/۲؛ نیز نک: *نهج البلاغه*، ۵۰۳/۳: نامه ۱۴، از وصایای حضرت به سپاه خود پیش از برخورد با دشمن در جنگ صفین؛ برای مضمون مشابه از رسول اکرم (ص) نک: ابن منذر، ۵۳۰/۲-۵۳۱).

در این تحقیق، روند طرح مسأله قاضی شدن زن در فقه شیخ طوسی مورد بررسی و تحلیل قرار می گیرد.

پیشینهٔ تاریخی

تأمل در آیاتی از قرآن کریم، به ویژه آیات مکی (مثلاً نک: یونس/۴۷؛ زمر/۶۹) نشان از این حقیقت دارد که تفکر قضا و حکم در میان عرب پیش از اسلام کاملاً شناخته شده بود. در آیات متعددی از قرآن کریم، بحث «حکم میان مردم» مطرح شده و خداوند آن را یکی از هدف‌های بعثت پیامبران دانسته است (نک: بقره/۲۱۳).

به طور کلی در معارف قرآنی، حکم بر دو قسم: «حکم الله» و «حکم طاغوت» تقسیم شده است (نک: مائده/۵۰) و از آنجا که پیامبران، خلیفة خدا در زمینند، به امر خدا بر پایة حق، عدل، و قسط به حکم کردن میان مردم می پردازند و در این میان تنها کسانی از ایمان آورندگانند که این قضا را با روی باز پذیرا باشند (نک: نساء/۶۵،۱۰۵؛ مائده/۴۲ ؛ ص/۲۶). خداوند در آیه ای از قرآن کریم با مخاطب قرار دادن مؤمنان، امر می کند که امانت‌ها را به صاحبان آن بازگردانند و چون بین مردم حکم کنند، به عدالت

داوری کنند(نساء/۵۸). در قرآن کریم، به طور خاص بـه قضـای حضـرت داوود و سـلیمان اشـاره شـده (انبیاء/۷۸-۷۹؛ ص/۲۲-۲۶) و عـلاوه بـر آن از واژه هـایی چـون «حُکّـام» (بقـره/ ۱۸۸) و «حَکَـم» (انعام/۱۴ ؛نساء/۳۵) استفاده شده است. در برخی از کتاب های تاریخی، درباره «حُکّام العرب»، سخن به میان آمده است (نک: یعقوبی،۱/۲۹۹).

در مورد مسألة زن، اگر چه عرب غالباً رأی زن را سست و فاقد دقت می دانست و از همین رو عمل به نظر او حماقت تلقی می‌شد و «نظر زنان»[1] به عنوان مثل، دربارة نظری به کار مـی رفـت کـه ضـعیف و ناکارآمد بود (ثعالبی، ۳۰۶؛ از نظر زبان شناختی نیز می توان این طرز فکر را در استعمال برخـی واژه هـا یافت ، مثلاً نک: شریف رضی، ۸۵-۸۶؛ علی، ۴/ ۶۱۸)، اما به هیچ وجه نمی توان آن را نگرشـی فراگیـر دانست؛ چه در میان عرب، زنانی وجود داشتند که به عقل و حکمت مشهور بوده و مردان برای مشورت به آنها مراجعه می کردند. عرب جاهلی، حکم زن را نیز هماننـد مـرد قبـول مـی کـرد. نـام هـای برخـی از «حکیمات عرب» در کتاب های تاریخ ذکر شده و اقوال مسجعی به آنها منتسب گشته که غالباً مثل شده و بازتاب تجربه های ساده زندگی در آن زمان است (علی، ۵/ ۴۹۸-۴۹۹). گفتنی است در زمـان آشـوری ها، برخی زنان به عنوان پادشاه بر قبایل بادیه شام حکمرانی می کردند (همو، ۴/۶۲۰). در قرآن کریم، بـه «ملکه سبا» و برخورد او با نامه حضرت سلیمان اشاره شده و آیات قرآن کریم، شخصیت وی را به عنوان رهبری خردمند و مسؤولیت پذیر ترسیم کـرده اسـت(نمـل/۲۹-۳۱، ۳۳، ۳۵). همچنـین بـه صـراحت از «همسر فرعون» و «مریم دختر عمران» ، به عنوان الگوهای ایمانی نام می برد(تحریم/۱۱-۱۲). مهمتـر از همه، حضرت فاطمه زهرا (س)، دختر پیامبراکرم(ص)، همسر حضرت علی (ع) و مادر امامان معصـوم(ع) است که برخی از آیات و سوره هـای قرآن کریم در شـأن ایشـان، به طور خاص یا عام، نازل شده است (برای نمونه نک: کوثر/۱؛ آل عمران/۶۱؛ احزاب/۳۳؛ انسان/۸).

در عصر رسول اکرم (ص)، قضا به عنوان یکی از احکام ثابت اسلام درآمد و مبـانی آن تـا حـدی در سنت نبوی بسط یافت. پیامبر اکرم (ص) خود به نصب قاضی پرداخت و قاضیانی چون حضرت علـی (ع) و معاذ بن جبل را به شهرهای اسلامی گسیل داشت. در دورة خلفا بـا گسـترش سـرزمین‌هـای اسـلامی، قاضی نیز از سوی خلیفه یا والی او تعیین می گشت. بنابراین نصب قاضی، شاخه ای از امامـت و سـلطنت عمومی محسوب می شد و عمل به حکم قاضی، یکی از احکام فردی نبـود، بلکـه حکمـی اجتمـاعی بـه منظور فصل خصومت و رفع نزاع بین مردم بود.

---

۱ . «رأی النساء» یا «رأی نساء».

در این دوره یکی از مهم‌ترین و کهن ترین متون راجع به انتخاب شخص بـه عنـوان قاضـی، عهدنامـهٔ حضرت علی (ع) به مالک اشتر است، زمانی که وی را به حکومت مصر گسیل داشت (برای سند آن نـک: شیخ طوسی، *الفهرست*، ۶۳؛ نجاشی، ۸). در این عهدنامه از انتخاب «افضل رعیت» به عنوان قاضی، سخن به میان آمده است (نک: *نهج البلاغه*، ۳/ ۵۸۱-۵۸۲).

در گزارشی از قول عمر بن عبدالعزیز (خلف۹۹-۱۰۱ق) درباره خصلت هایی چون علم و مشـورت که وجود آن در قاضی شایسته است، از کلمه «رجل»[۱] استفاده شـده اسـت (نـک: ابـن قاسـم، ۱۴۹/۱۲؛ صنعانی، ۲۹۸/۸؛ وکیع، ۷۸/۱) و چه بسا از باب تغلیب و استعمال لفظی مذکر باشـد. بـا وجـود ایـن، در برخی از منابع سده های بعد، «مرد بودن» به عنوان یکی از شروط قاضی، به عمر بن عبد العزیـز منتسـب گشت (نک: ابن عربی، *القبس*، ۸۷۸/۳).

با گسترده تر شدن قلمرو سرزمین‌های اسلامی و نیاز بیشتر به قاضیان، وجود دستورالعمل های مدون برای امر قضا از دیدگاه شرع لازم می نمود. با تدوین فقه، آداب قضا به صورت جزئی از مسائل کلی قضا، در کنار مسائل و ابواب گوناگون فقهی مطرح شد. در نیمهٔ دوم سدهٔ دوم ق. و نیـز سـدهٔ سـوم ق.، شـاهد اوج‌گیری تألیفاتی دربارهٔ « آدب القضاء» هستیم. از آنجا که فقهای حنفی و شافعی عملاً در امر قضا نقش مؤثر داشتند، بیشتر به این موضوع پرداختند(نک: *دائرة المعارف بزرگ اسلامی*، ۷/ ۳۱۸). اگر چه نخستین تألیفات درباره «*أدب القاضـی*»، چـون کتـاب قاضـی ابویوسـف (د۱۸۲ق)، محمـد بـن حسـن شـیبانی (د۱۸۹ق)، حسن بن زیاد لؤلؤی (د۲۰۴ق)، قاضی کوفه و نیز کتاب محمد بن ادریـس شـافعی (د۲۰۴ق)[۲] در دست نبود، اما احمد بن عمر معروف به خَصّاف (د۲۶۱ق)، فقیه حنفی، در کتاب *أدب القاضی* خود کـه پراهمیت ترین کتاب در این زمینه بوده است، این فرع را طرح کرد و قاضی شـدن زن را در مـواردی کـه شهادت او جایز باشد جایز دانست(نک: حسام شهید، ۳۱۷). این نظریه که در فقه حنفی پذیرفتـه شـد، بـر پایه اصل قرار دادن «شهادت» بود، و از آنجا که بر اساس آیهٔ مداینه (بقره /۲۸۲)، شـهادت زن در امـور مالی – و نه در حدود و قصاص – پذیرفته شده است، قضای او در این امور نیز نافـذ خواهـد بـود(نـک: قدوری، ۸۴؛ مرغینانی، ۳/ ۱۰۱، ۱۰۷؛ کاسانی، ۷/ ۳؛ خوارزمی، ۲۷۳/۲؛ ابن عابدین، ۵/ ۴۴۰؛ غنیمـی، ۷۷/۴، ۸۴).

---

۱ . «لا ینبغی للرجل أن یلی القضا (أن یکون الرجل قاضیا) حتی تکون فیه خمس خصال . . . . ». شبیه همین گفتار به عمر نیـز منسـوب شده است؛ مثلاً نک: صنعانی، ۸ / ۲۹۹: « لا ینبغی أن یلی هذا الأمر – یعنی أمر الناس – الا رجل فیه أربع خصال . . . . »

۲ . مزنی، شاگرد شافعی، در کتاب **مختصر** خود که جمع آوری تعالیم شافعی است در ضمن کتاب ادب القضا به تفاوت زن و مرد در قضا اشاره کرده است. نک: ص ۳۹۸: «واصل النساء انه قصر بهن عن اشیاء بلغها الرجال أنهم جعلوا قوامین علیهن و حکاما و مجاهدین . . . .»

اگر چه در برخی منابع فقه تطبیقی سده های بعد (مثلاً نک: طوسی، *الخلاف*، ۲۱۳/۶؛ ابن رشد، ۲ /۴۵۵؛ ابن قدامه، ۱۱/ ۳۸۰؛ ابن مرتضی، ۶ / ۱۱۸)، نظریهٔ یاد شده به ابوحنیفه منتسب گشت، اما در منابع حنفی نشانی از این انتساب نیست. در گزارشی که وکیع (د۳۰۶ق) از رأی ابوحنیفه آورده، واژهٔ «رجل» ذکرشده است[1]، اگر چه در گزارش همو از رأی محمد بن حسن شیبانی، شاگرد ابو حنیفه، تنها «عدالت» و «جواز شهادت»، شرط جواز حکم قاضی شمرده شده است(وکیع،۸۱/۱).

در اواخر سده سوم و اوایل سدهٔ چهارم ق.، مبحث قاضی شدن زن در منابع توسعه یافت. نسایی (د۳۰۳ق) با اختصاص بابی از کتاب سنن خود با عنوان «النهی عن إستعمال النساء فی الحکم»[2] به روایت منقول از ابوبکره اکتفا کرد(نسایی، ۲۲۷/۸). همچنین بر اساس نقل منابع فقه تطبیقی سده های بعد، ابن جریر طبری (د۳۱۰ق)، قائل به جواز قاضی شدن زن به طور مطلق شد(نک: طوسی، ابن رشد، ابن قدامه، ابن مرتضی، همانجاها).

در تاریخ فقه، طبری در کنار فقیهانی چون ابن منذر و ابن خزیمه، به عنوان فقیهان «اهل اختیار» معرفی شده اند که نمایندگان اجتهادی آزاد از مذاهب فقهی بودند. البته این آزادی آنان در مبانی فقهی، با التزام به گزینش و به اصطلاح «اختیار» اقوال از مذاهب پیشین محدود می شد و به طور کلی، گرایشی نسبت به ابراز فتاوای خاص و بی سابقه نزد آنان دیده نمی شد(نک: پاکتچی، «*اسلام، اندیشه های فقهی در سده های ۴-۶ق.*»، ۴۵۰). اگر چه ابراز این فتوای شاذ از طبری، تا حدی دور از انتظار است، اما از آنجا که وی فقه مذاهب مختلف را نزد فقیهان همین مذهب فرا گرفته بود و از جمله نزد داوود اصفهانی، بنیان گذار مذهب ظاهری تحصیل کرده بود(نک: ابن ندیم، ۳۲۶-۳۲۷)، و با توجه به ارائهٔ همین دیدگاه در سدهٔ پنجم ق. توسط ابن حزم ظاهری(۲۹۵/۱۰-۲۹۶)، تا حدی قول او قابل توجیه خواهد بود. ابن جریر طبری، کتب متعددی درفقه تألیف کرده بود که از جملهٔ آنها کتاب *أدب القاضی* است(همانجا). همچنین قاضی عبد الوهاب در کتاب *المعونة*، مناظره ای را نقل کرده است که دربارهٔ مسأله قاضی شدن زن ، بین قاضی ابوالفرج ابن طَرارا (د۳۹۰ق)، از پیروان و مروجان مذهب جریری[3] و قاضی ابوبکر ابن طیب، در مجلس بویهی روی داده است(نک: ابن عربی، *القبس*، ۸۷۹/۳؛ قرطبی، ۱۸۳/۱۳).

مستند این دیدگاه علاوه بر فلسفه قضا که به منظور تنفیذ احکام و فصل خصومت از سوی شارع، جعل گشته است و از سوی زن نیز ممکن خواهد بود(قرطبی، همانجا)، قیاس قضا به افتا است(نک:

---

۱ . «لا ینبغی أن یستقضی الا رجل صدق[صدوق] تجوز شهادته».
۲ .«نهی از به کار گماردن زنان در قضا».
۳ .منسوب به ابن جریر طبری.

ماوردی، *الحاوی الکبیر*، ۱۵۶/۱۶). علاوه بر آن، تلقی قضا به مثابهٔ امر بـه معـروف و نهـی از منکـر کـه تفاوتی میان زن و مرد در آن نیست، می تواند مبنایی برای این رأی باشد (نک :ابن حزم، ۲۹۶/۱۰).

از فقیهانی که در سده های بعد به نقد این رأی شاذ پرداخت، ابن عربی ، فقیه مـالکی سـدهٔ ششـم ق. است. بنا به گفتهٔ وی، انتساب قول به جواز قاضی شدن زن به طور مطلق، به طبری صحیح نیسـت و چـه بسا دیدگاه وی، همان قول منقول از ابوحنیفه باشد. از طرفی مذهب ابوحنیفـه، دربـارهٔ «قاضـی تحکـیم» است و ارتباطی با قاضی منصوب از جانب امام ندارد. به نظر ابن عربی، هیچ فقیهی دربارهٔ قاضی منصوب قائل به این دیدگاه نشده است(نک: ابن عربی، *القبس*، ۸۷۹/۳؛ همو، *عارضة الأحـوذی*، ۱۱۹/۹؛ قرطبـی، ۱۳ /۱۸۳؛ برای تحلیل مشابه در فقه متأخر امامیه نک: میرزای قمی، ۶۸۰/۲).

طرح مسأله قاضی شـدن زن در منـابع فقهی در سدهٔ چهارم ق.، فراگیر نبود. به عنوان نمونه ابوالقاسم خِرَقی (د۳۳۴ق)، فقیه حنبلی در مختصر خـود، شـرایط تولیـت قاضـی را «بلـوغ»، «عقـل»، «اسـلام»، «حریت»، «عدالت»، «علم»، «فقه» و «ورع» دانست(خرقی، ۳۸۰).

در سدهٔ پنجم ق. این فرع به طور گسترده در آثار فقیهان از مـذاهب مختلـف آورده شـد. ابوالحسـن ماوردی (د۴۵۰ق)، فقیه شافعی، علاوه بر کتاب مفصّل فقهی خود با عنوان *الحـاوی الکبیـر*(۱۵۶/۱۶) کـه شرحی بر *مختصر مُزَنی* است، در دو کتاب *أدب القاضی*(۱/ ۶۲۵-۶۲۸) و نیز *الأحکام السلطانیه*(ص ۲۷، ۶۵) که دربارهٔ شیوه و الگوی حکومتی اسلام و مسائل و احکام مرتبط بـه شـؤون مختلـف حکومـت، از جمله مسأله قضا و دادرسی است، یکی از شرایط قاضی را «مرد بـودن» دانسـت و ادلـه ای از «کتـاب»، «سنت» و «استدلال» بر آن اقامه کرد.مبحث ارائه شده توسط وی در مقایسه بـا منـابع سـده هـای بعـد، مفصل ترین بحث دربارهٔ این مسأله است. علاوه بر او قُدوری (ص ۸۴)، فقیه حنفی، و شیخ طوسـی، فقیـه امامی ساکن بغداد، در کتب های *الخلاف*(۶ / ۲۱۳) و *المبسوط* (۸/ ۱۰۱) متعرض این مسأله شدند.

فقیه دیگر در همین سده که به طرح این مسأله پرداخت و نظر متفاوتی با دیگـران داشـت، ابـن حـزم (د۴۵۶ ق)، فقیه ظاهری اندلس بود. وی در کتاب فقهی خود بـا عنـوان *المحلّـی*، «کتـاب الإمامـة» را از «کتاب الأقضیة» و «کتاب الشهادات» تفکیک کرده و دلالت حدیث نبوی منقول از ابوبکره (نـک: سـطور بعد) را که مورد استناد فقیهانی چون ماوردی قرار گرفته بود منحصر به خلافت – و نه قضا– دانسـت. در دیدگاه او علاوه بر اینکه نصی درباره منع زن از قضا در دست نداریم، حـدیث نبـوی مـذکور دلالـت بـر مسؤول بودن زن دارد و از سوی دیگر عموم آیاتی چون: «خداوند به شما فرمان می دهـد کـه امانتهـا را صاحبان آنها بازگردانید، و چون بین مردم داوری می کنید دادگرانه داوری کنید . . .»(نساء/ ۵۸)، شـامل زن نیز می شود. ابن حزم به فعل عمر اشاره می کند که زنی به نام «شفاء» را بر امور بازار گمارد(نک: ابن

حزم، ۱۰ / ۲۳۵، ۲۳۸، ۲۹۵–۲۹۶). البته در برخی منابع، گزارش منقول از عمر را از دسیسه های بـدعت گذاران دانسته اند(نک: قرطبی، ۱۳/ ۱۸۳، به نقل از ابن عربی).

پیشینۀ بحث در فقه امامیه تا عصر شیخ طوسی

مطالعه در قدیم ترین منابع موجود در فقه امامیه قبل از شیخ طوسی، اعم از مکتب اصحاب حـدیث و مکتب متکلمان (نک: *الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع)*، ۲۶۰–۲۶۱؛ ابن بابویه، *المقنـع*، ۳۹۵–۳۹۶؛ مفیـد، *المقنعة*، ۷۲۱؛ ابوالصلاح حلبی، ۴۲۱؛ سلّار، ۲۳۰–۲۳۱؛ طوسی، *النهایة*، ۳۰۱، ۳۳۷)، فرضیه ای را مطرح می کند مبنی بر این‌که نخستین بار بحث از قاضی شدن زن، به طور صریح، از سـوی شـیخ طوسـی در دو کتاب *الخلاف* و *المبسوط*، به تبع اهل سنت، مطرح گردید.

البته باید توجه داشت برخی منابع فقهی مفصل امامیه در قرن سوم، چون *کتاب القضا و آداب الحکـام*، محمد بن مسعود عیاشی سمرقندی (نک: طوسی، *الفهرست*، ۳۱۸) در دست نیست. در سدة چهارم، اگر چه کتاب‌های ابن جنید و ابن ابی عقیل عمانی بر جای نمانده، اما آرای این دو فقیـه برجسـته توسـط فقیهـان مکتب حله نقل شده است (نک: علامة حلی، سراسر کتاب).

در اواخر قرن چهارم و اوایل سدة پنجم هجری که دورة اقتدار سیاسی آل بویه (۳۲۰– ۴۴۸ق) بـود، شاهد بسط مباحث سیاسی در محافل امامیه هستیم. این اندیشه که اجرای یک سلسـله از احکـام، چـون قضا، پس از پیامبر اکرم (ص) تنها در صلاحیت امامان معصوم (ع) و یا امرای منصـوب از جانـب ایشـان است، ریشه در تعالیم اهل بیت (ع) دارد (برای نمونه نک: حـر عـاملی، ۱۷/۲۷). بـر پایـة ایـن نگـرش، متکلمانی چون شیخ مفید و ابوالصلاح حلبی، به مسألة «ولایت فقیه» در زمان غیبت پرداختند. این نظریـه که قضا یکی از ریاست‌های دینی است و در دایرة نبوت و خلافت (امامی) قرار دارد و در زمان غیبت، بـا تحقق شرط «امکان»، از سوی امام (ع) به فقیهان شیعه یا به تعبیری «نائب امام» واگـذار شـده اسـت، در نیمة نخست سدة پنجم ق.، از سوی فقیهان امامیه مطرح شد و در مرحلة بعد، شروط عمومی قاضی، چـون «عقل»، «کمال»، «علم»، «عدالت» و «تقوا» بیان گردید (نـک: مفیـد، *المقنعـة*، ۷۲۱، ۸۱۰؛ ابـو الصـلاح حلبی، ۴۲۱، ۴۵۰؛ طوسی، *النهایة*، ۳۰۱، ۳۳۷).

شیخ مفید و شیخ طوسی با تعبیر: «عـاقلاً کـاملاً» (مفیـد، *المقنعـة*، ۷۲۱؛ طوسـی، *النهایـة*، ۳۳۷) و ابوالصلاح حلبی با تعبیر: « اجتماع العقل و الرأی» (ابوالصلاح حلبی، ۴۲۱)، صفت «کمـال» را بـه عنـوان یکی از شرایط قاضی ذکر کرده اند، بدون این‌که نسبت به مرد یا زن بودن قاضی به صـراحت اظهـار نظـر کنند؛ حتی از واژة «رجل» نیز استفاده نکرده اند. شیخ طوسی در *المبسوط* (۸/ ۱۰۱)، و به تبع او فقیهانی

چون ابن براج (۲/ ۵۹۸-۵۹۹)، ابن حمزه (ص ۲۰۹) و کیدری (ص ۵۲۷)، «کمال» را به «کمال الخلقة» و «کمال الأحکام» تقسیم کرده و دومی را اجتماع ویژگی‌های: «بلوغ»، «عقل»، «حریت» و «ذکورت» دانسته اند(برای همین نظر در فقه اهل سنت نک: ابن قدامه، ۱۱/ ۳۸۰). شیخ طوسی در کتاب *الخلاف*(۲۱۳/۶-۲۱۴) خود نیز مسأله قاضی شدن زن را به عنوان مسأله ۶ از کتاب آداب القضا مطرح کرد و آرای فقیهان اهل سنت را همراه با ادلة مقبول خود آورد.

عبارت های وی در دو کتاب *الخلاف* و *المبسوط* به شکل زیر است:

«مسألة۶: قاضی شدن زن در هیچ یک از احکام جایز نیست. . . .دلیل ما این است که جواز قاضی شدن محتاج دلیل است؛ چه قضا، حکمی شرعی است، پس کسی که صلاحیت قضا دارد، نیازمند دلیل شرعی است. و از پیامبر علیه السلام روایت شده است که فرمودند:«گروهی که زنی عهده دار آنها شود رستگار نمی شوند». و فرمودند: «زنان را مؤخر کنید از همان جایی که خداوند آنها را مؤخر کرده است»؛ پس کسی که عهده دار شدن قضا را برای زن جایز می داند، همانا او را مقدم و مرد را مؤخر از او کرده است. و فرمودند: «کسی که در نمازش چیزی را فراموش کرد، پس تسبیح بگوید؛ چه همانا تسبیح برای مردان و دست زدن برای زنان است». پس همانا پیامبر(ص) او را از سخن گفتن منع کرده است از ترس این‌که مبادا کسی به وسوسه افتد ، پس ممنوع بودن او از قضا که دربردارندۀ سخن و غیر آن است اولی است» (*الخلاف*، ۲۱۳/۶-۲۱۴).

«شرط سوم آن است که در دو چیز کامل باشد: خلقت و احکام. اما کمال خلقت به آن است که بینا باشد . . . . و اما کمال احکام به آن است که بالغ، عاقل، آزاد و مرد باشد؛ چه به هیچ وجه قضا برای زن منعقد نمی شود. برخی از آنها (اهل سنت) گفته اند: قاضی شدن زن جایز است. و قول اول صحیح تر است. و کسی که قضای زن را جایز دانسته گفته است: در هر چیزی که شهادت زن در آن مقبول است جایز است و شهادت زن در هر چیزی به جز حدود و قصاص مقبول است» (*المبسوط*، ۱۰۱/۸).

آثار فقهی شیخ طوسی و سبک تألیف آنها

یادکرد صریح مسأله قاضی شدن زن از سوی شیخ طوسی در دو کتاب *الخلاف* و *المبسوط* بر خلاف *النهایة* ، ما را به سمت مقایسه و تطبیق میان محتوا وسبک نگارش این کتاب‌ها بـه منظور تبیین جایگاه دقیق بحث و واقع گرایی در برخورد با ادله و تحلیل آنها سوق می دهد.

شیخ طوسی در اوایل ورود به بغداد، هنگام قرائت نزد شیخ مفید، به تألیف کتاب *تهذیب الاحکام* آغاز کرد. این کتاب مجموعه ای گسترده از احادیث پیشینیان امامیه بود که در فقه کاربرد عملی داشت. شیخ

طوسی در آن هنگام ۲۳ سال داشت و تألیف این کتاب تا مبحث نماز، در زمان حیات شیخ مفید و از باب نماز مسافر، پس از وفات شیخ مفید بود. ظاهراً تألیف کتاب *الاستبصار* که شرح و بسط جزئی و عملی شیوه های برخورد با اختلاف الحدیث است، هنگام تألیف *تهذیب* صورت گرفته است. پس از آن، وی کتاب *النهایة* را بر اساس مذهب امامیه تصنیف کرد. این کتاب را می توان تألیفی در فقه مأثور و سنتی امامیه دانست. سپس به تألیف کتاب *الخلاف* در فقه تطبیقی و پس از آن *المبسوط* در فقه تفریعی پرداخت. شیخ طوسی بعد از فتنة سلجوقیه که منجر به سوزاندن کتابخانه شیعه در بغداد شد، از آن شهر خارج شد. ابتدا به موصل و سپس به نجف اشرف رفت و در آنجا رحل اقامت افکند. تألیف تفسیر *التبیان* در اوایل ورود به نجف بود. شیخ پس از گذشت ۱۲ سال اقامت در آن شهر، وفات یافت(بروجردی، *زبدةالمقال*، ۶۱).

آنچه می تواند در تحلیل داده های شیخ طوسی درباره مسأله قاضی شدن زن مهم باشد، مقایسة سبک نگارش *النهایة* با کتاب های *المبسوط* و *الخلاف* است. کتاب نخست بر پایة روش فقهای متقدم امامیه تألیف شده است، و مؤلف تنها فروعی را ذکر می کند که دربارة هر کدام از آنها نص خاص موجود است. در واقع شیوة مؤلف، همانند روش قدماست که در تألیفات فقهی خود تنها به بیان مسائل اصلی متلّقات از معصوم (ع) پرداخته اند؛ مسائلی که از زمان معصومان (ع)، همانند بقچة پیچیده شده، دست به دست گشته تا به مؤلفان این کتاب‌ها رسیده است. شیوة غالب آنها اصرار بر حفظ الفاظ روایات است، به گونه ای که ناظر بیرونی گمان می برد این فقها، اهل اجتهاد نبوده و از پیشینیان خود تقلید کرده اند. اما فروع موجود در کتاب *الخلاف* و *المبسوط* مبتنی بر مسائل مطرح شده در متون اهل سنت است که بر اساس مبانی مقبول در فقه امامیه بدان‌ها پاسخ داده شده است (نک: ابن ادریس، ۱۷۱/۲). شیخ طوسی در مقدمة *المبسوط* (۱/ ۱-۳)، تصریح می کند تألیف این کتاب برای ذکر فروعی بوده که نص خاص ندارند و حکم آن‌ها از قواعد اجتهادی برگرفته از روایات و سایر ادله، استنباط می شود. در واقع تألیف این کتاب برای پاسخ علمی به سرزنش عالمان سنی بود که فروع فقه امامیه را بسیار اندک و منحصر به موارد مذکور در نص خاص می دانستند، در حالی‌که اعتقاد داشتند، اهل سنت دارای فروع پرشماری هستند که از قیاس و سایر قواعد اجتهادی استنباط کرده اند.

نتیجه ای که از نظر روش شناسی حائز اهمیت است آن است که در روند گسترش مسائل فقهی در میان امامیه، این مسائل بر دو قسم است:

الف. مسائل متلقّات از امامان(ع) که در کتب فقهی قدما چون *المقنع* ابن بابویه، *المقنعة* شیخ مفید، *الکافی* ابوالصلاح حلبی و *النهایة* شیخ طوسی، بدون تصرف یا ذکر تفریعات جدید آورده شده است.

ب. مسائل تفریعی مستنبط از مسائل متلقات.اگر چه تشخیص این اقسام و متمایز کردن آنها از یکدیگر نیازمند تتبع فراوان و تأمل دقیق در مسأله است، اما تفکیک آنها می تواند معیاری در اختیار ما قرار دهد تا در مسائلی که درباره آنها روایتی در دست نداریم، به کشف قول معصوم نایل شویم؛ زیرا روایات امامیه منحصر به احادیث موجود در «کتب اربعه» نیست، بلکه بسیاری از آنها در جوامع اولیه موجود بوده که از سوی کلینی، ابن بابویه، و شیخ طوسی روایت نشده است؛ چه بنای آنها بر نقل مسائلی بوده است که طریق مسلسل به راویان آن داشته باشند. بدین ترتیب در فقه امامیه بیش از پانصد مسأله موجود است که با وجود فتوای مشایخ، نصی دربارهٔ آنها در دست نیست. در مسائل نوع اول، صرف شهرت قدما، کاشف از وجود نص معتبر نزد آنها خواهد بود، اگر چه در مسائل تفریعی استنباطی، حتی اجماع نیز حجت نخواهد بود و نیازمند بررسی ادله و اعمال قواعد اصولی هستیم (تولّایی، «بروجردی»، ۳۲).

بنابراین فروع مذکور در *النهایة* بر خلاف *المبسوط* و *الخلاف*، کاشف از ورود نص خاص در هر کدام از آنهاست (بروجردی، *زبدة المقال*، ۳۷؛ منتظری، ۱/ ۳۳۹-۳۴۰).

تأملی بر ادلّهٔ شیخ طوسی

شیخ طوسی در مقدمهٔ *الخلاف* (۴۵/۱)، به روش و ادلهٔ مورد استناد خود در بیان مسائل تصریح دارد. ادلهٔ موجب علم از دیدگاه او عبارتند از: «ظاهر قرآن»، «سنت قطعی»، «اجماع»، «دلیل خطاب»، «استصحاب حال»، «دلالت اصل»، و «فحوای خطاب». شیخ طوسی در این کتاب به اخبار منقول از پیامبر اکرم (ص) که اهل سنت بدان استناد می کنند، همراه با خبر مروی از پیامبر اکرم (ص) و امامان معصوم (ع) که از سوی امامیه نقل شده است، استناد می کند. البته باید توجه داشت که استناد او به برخی از اخبار نبوی از باب جدل با «خصم» است، نه این‌که به صحت آن اعتقاد داشته باشد.

با توجه به این مقدمه، پاسخ به چند پرسش و نکته ضروری است:

۱.چرا شیخ طوسی در این مسأله به «اجماع» استناد نکرد؟

باید یادآور شد، شیوهٔ عملی شیخ طوسی در سراسر کتاب *الخلاف*، تمسک به اجماعِ «طائفه» و «فرقه محقه» است. وی در مقدمهٔ کتاب این نکته را یادآور می شود که مسائل اجماعی را ذکر کرده و به اختصار به اختلافات درون مذهبی امامیه اشاره کرده است (۴۵/۱).

در پاسخ به این سؤال باید گفت، اساساً مسأله قاضی شدن زن از مسائلی نبود که در فقه مأثور امامیه طرح شده باشد و از مسائل متلقات از معصوم (ع) باشد، بلکه مسأله ای بود که طرح و گسترش آن در

محافل اهل سنت رخ داده بود. شیخ طوسی در *الخلاف* این مسأله را ذکر کرده و به اجتهاد در آن پرداخت. جالب توجه این‌که وی در کتاب *المبسوط* که پس از *الخلاف* تألیف کرد، قول به عدم انعقاد قضـا بـرای زن را قول «اصح» شمرد(۸/ ۱۰۱). تعبیر وی با توجه به عبارت: «وقال بعضهم» (همانجا) اشاره به نظر برخی از فقیهان اهل سنت دارد، نه این‌که در بین امامیه اختلاف نظر باشد.

شرط مرد بودن قاضی بعدها در مکتب حله به صراحت از سوی فقیهانی چون محقـق حلـی (۶۸/۴)، علامة حلی (*قواعد الاحکام*، ۲۰۱) و نیز شهید اول (*اللمعة الدمشقیة*، ۷۹؛ *الدروس*، ۶۵/۲)، مطرح شد، بـه گونه ای که به عنوان مسأله ای اجماعی تلقی گردید. علامة حلی در کتاب *نهج الحق* (ص۵۶۲)، این فـرع را به عنوان دیدگاه امامیه مطرح کرد و در *مختلف الشیعه* (نک: ۳۷۳/۸ به بعد) اساسـاً آن را مـورد بحـث قرار نداد. فاضل مقداد(د۸۲۶ق) از فقیهان همین مکتب، وجه جمع میان قول شیخ طوسی که صفات قاضی را سه چیز قرار داده است:«علم»، «عدالت» و«کمال»، و محقق حلی که آنها را شش چیز می دانـد، بـدین گونه بیان می کند که عبارت محقق حلی، تفصیل قـول شـیخ اسـت؛ زیـرا «عـدالت»، شـامل «ایمـان» و «کمال»، شامل «بلوغ»، «عقل»، «مرد بودن» و «حلال زاده بودن» می شود؛ چه زنان از نظر عقل، حظ، و دین، ناقصند و زنازاده نیز نجیب نیست (فاضل مقداد، ۲۳۵/۴-۲۳۶). به هر حال در عصر صفوی، فقیهانی چون شهید ثانی، به صراحت به اجمـاع اسـتناد کردنـد (نـک: *الروضـة البهیـة*، ۶۲/۳؛ *مسـالک الافهـام*، ۳۲۹/۱۳). جالب توجه این‌که مقدس اردبیلی، به حق، در وجود اجماع تردید کرد و نظریـه را بـه مشـهور نسبت داد(۱۵/۱۲).

۲. آیة شریفه: « الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ . . . » (نساء/۳۴).

یکی از ادلة مورد استناد ماوردی، فقیه شافعی معاصر طوسی در بغداد است (نک: *الأحکام السلطانیة*، ۶۵؛ *الحاوی الکبیر*، ۱۵۶/۱۶). در میان فقیهان اهل سنت – در حد منابع یاد شده در مآخذ – تنها ماوردی به این آیة شریفه استناد کرده است. با توجه به این‌که شیوة معهود شیخ طوسی در جا به جای *الخلاف*، تمسک به عموم و ظواهر آیات قرآن است، مگر آنچه که به واسطة دلیل تخصیص یافته، این سؤال مطرح می شود که چرا شیخ طوسی به ظاهر این آیة شریفه که بر اساس آن مردان را مسؤول زنان و مدیر آنها شمرده است، استناد نکرد؟

در پاسخ به این پرسش می توان گفت غالب مفسران، از جمله شیخ طوسی، با عنایت به سـیاق آیـه و شأن نزول آن، دلالت آیه را به دایرة خانواده محدود کرده و به معنای «تدبیر» و «تأدیب» اشاره کرده انـد (نک: طوسی، *التبیان*، ۱۸۹/۳؛ نیز نک: ابن ابـی شـیبه، ۴۱۱/۵؛ طبـری، ۵۷/۵- ۵۸؛ راونـدی، ۱۹۲/۲؛ قرطبی، ۵/ ۱۶۸-۱۶۹؛ نوری، ۲۵۹/۱۴-۲۶۰).

۳. همان‌گونه که شیخ طوسی در مقدمهٔ *الخلاف* یادآور می شود، اگر چه «سنت قطعی»، یکی از ادلـهٔ مورد استناد است، اما بدان معنا نیست که همه احادیث منقول در این کتاب قطعی باشد، بلکه همان‌گونه که ماهیت و سبک احتجاجی و جدلی مباحث تطبیقی اقتضا داشته، بنای شیخ طوسی بر ذکـر اخبـاری بـوده است که مخالف عمل بدان را لازم می داند. وی این اخبار را با روایت هایی که از طریق امامیـه از پیـامبر اکرم (ص) یا امامان (ع) نقل شده است همراه می کند (نک: *الخلاف*، ۴۵/۱).

مهم ترین حدیثی که شیخ طوسی در مقام احتجاج بدان استناد جسته، روایت نبوی منقـول از ابـوبکره است که در مجامیع روایی اهل سنت و نیز کتب سیر و تواریخ، در ضمن گزارش از جریـان جنـگ جمـل ذکر شده است.

ابوبکره (د۵۲ق)، صحابی و یکی از موالی پیامبر (ص) است. بر پایهٔ نقلی تاریخی، مادر او سمیه، اهل زَندوَرد، منطقه ای نزدیک واسط بود که کسری پادشاه ایران، او را به ابوالخیر، پادشاه یمن بخشید. ابوبکره در فتح بصره شرکت داشت و پس از آن مقیم آنجا شد. ۱۳۲ حدیث از وی روایت شده است کـه از میـان آنها، پنجم حدیث منفرد در *صحیح* بخاری و یک حدیث منفرد در *صحیح* مسلم آمده است (فکرت، ۲۶۱). بنا به گزارش وی، در جریان جنگ جمل، زمانی که خواست به اصحاب جمل ملحق گردد، چون مشـاهده کرد عایشه امور را در دست گرفته، به یاد این سخن رسول اکرم (ص) افتاد که هنگامی که به حضرت خبر دادند، اهل فارس پس از هلاک شدن کسری، دختر او را به پادشاهی برداشتند، فرمودند: «گروهی که امـر خود را به دست زنی بسپارند هرگز رستگار نخواهند شد»[۱].

سند حدیث عموماً از طریق مبارک بن فضاله (احمد بـن حنبـل، ۵۱/۵)، عـوف (بخـاری، ۱۶۱۰/۴؛ بیهقی، ۹/۳، ۱۱۷/۱۰)، حمید طویل (ترمذی، ۴/ ۵۲۷؛ نسائی، ۲۲۷/۸) و واقدی (مفید، *الجمل*، ۲۹۷) به حسن بصری (د۱۱۰ ق) ختم می گردد؛ همچنین از طریق عبدالرحمان بن ابی بکره نیز روایت شـده اسـت (مفید، همانجا؛ برای طرق دیگر نک: قاضی نعمان مغربی، ۳۹۶/۱؛ ابن حزم، ۲۳۵/۱۰؛ ابـن ابـی الحدیـد، ۲۲۷/۶). وکیع (۳۲۴/۱)، حدیث نبوی یاد شده را از قول ایاس بـن معاویـه (د۱۲۲ق)، قاضـی و محـدث مشهور بصره که در دورهٔ خلافت عمر بن عبدالعزیز (خلف ۹۹-۱۰۱) به مقام قضا رسید، نقل کرده اسـت. بنابراین محیط انتشار حدیث، بصره است که به عنوان پایگاه اصحاب جمل انتخاب شده بود.

با وجود شهرت حدیث، الفاظ به کار رفته در آن مختلف است؛ علاوه بر آن، اگـر چـه زمینـهٔ صـدور حدیث در اغلب گزارش‌ها، جریان پادشاهی دختر کسری بر ایران آمده، اما در روایت واقـدی، بـه ملکـهٔ سبا اشاره شده، و در گزارش شیخ طوسی در *تلخیص الشافی* (۱۶۴/۴)، به نحو دیگری آمـده اسـت. ابـن

۱. « لن یفلح قوم ولّوا أمرهم إمراة».

ابی حدید در گزارشی، جریان را به صورت خبر پیامبر (ص) از آینده که گروهی خـارج مـی شـوند و در رأس آنها زنی است و هرگز به فلاح نمی رسند روایت کرده است (ابن ابی الحدید، ۲۲۷/۶). جالب توجـه این‌که در گزارش ابن اثیر که از دیدار حضرت علی (ع) پس از جنگ جمل، با ابوبکره سخن به میان آمده، ضمن تأکید بر علاقه وی به حضرت، علت عدم شرکت در جنگ جمل، بیماری وی ذکر شده است. بنا بـه نقل ابن اثیر، حضرت علی (ع) عذر او را پذیرفـت و حتی ولایـت بصره را به وی پیشنهاد کرد که ابوبکره عذر خواست، ولی پذیرفت مشاور حاکمی باشد که حضرت تعیین کند (ابن اثیر،۲۵۶/۳).

علاوه بر حدیث ابوبکره، شیخ طوسی با ذکر دو روایت منقول از پیامبر اکرم (ص)، بر پایة تعلیلـی کـه از آن ارائه می دهد، سعی در اثبات نظریة خود دارد. در اولی فرمودند: «زنان را مؤخر کنید از همان جایی که خداوند آنها را مؤخر کرده است»[1]؛ بنابراین جواز قاضی شدن زن، در واقـع مقـدم داشـتن او بـر مـرد است(*الخلاف*، ۲۱۴/۶).

در تقریب استدلال بدین روایت می توان گفت خداوند زنان را در مقایسه با مرد، به لحاظ ویژگیهـای تکوینی، مؤخر قرار داده است و تشریع مطابق و متناسب با تکوین است، از این رو از لحاظ تشـریعی نیـز می بایست در جایگاه و مرتبه‌ای هماهنگ و متناسب با تکوین قرار گیرند که بر اساس حـدیث یـاد شـده (أخرهن الله) مرتبه تکوینی آنها نازل تر از مردان است. تأخر تشریعی زنان در مسأله یاد شده، عدم اعطای سلطة قضایی به آنهاست و اعطای سلطة یاد شده آشکارا با (أخروهن) منافات دارد.

اگر چه سوق دادن عبارت: « من حیث أخرهن الله » در این حدیث به امور تکوینی، خود جای سؤال است، اما تردیدی وجود ندارد که خبر یاد شده از طریق اهل سنت روایت گشته است و در اخبـار امامیـه موجود نیست(نک:بحرانی، ۱۹۶/۱۱). با وجود آن، غالب فقهای امامیه در مسأله عـدم جـواز امامـت زن برای مرد در نماز، به آن استناد کرده اند و مأمور بودن زن به ستر و حیا را مؤید آن دانسته اند (برای نمونه نک: علامه حلی، *مختلف الشیعة*، ۱۱۱/۲-۱۱۲؛ صاحب جواهر، ۳۳۶/۱۳-۳۳۷).

مفاد حدیث دوم آن است که پیامبر (ص) فرمودند: «کسی که در نمازش چیزی را فراموش کرد (فاته)، تسبیح بگوید؛ چه همانا تسبیح برای مردان و دست زدن برای زنان است»[2]. حدیث یاد شـده در برخـی از منابع با تعبیر «نابه» گزارش شده است و مراد آن است که اگر در نماز با چیزی مواجه شد، مثل سهو امام، اذن گرفتن کسی از او، صحبت کردن شخصی با او و یا در خطر بودن کسی، اگر مرد باشـد، «سـبحان الله» بگوید و اگر زن باشد با دست برهم زدن، طرف مقابل را آگـاه کنـد (نـک: علامـه حلـی، *تـذکرة الفقهـاء*، ۲۸۱/۳؛ رافعی، ۱۱۴/۴-۱۱۵؛ بهوتی، ۴۵۹/۱).

---

۱ . «أخروهن من حیث أخرهن الله».
۲ . «من فاته شیء فی صلاته فلیسبح؛ فان التسبیح للرجال والتصفیق للنساء».

نحوۀ استدلال شیخ طوسی بـه حدیث مذکور بدیـن شکل اسـت که پیامبر(ص)، زن را از سخن گفتن، منع کرده است، از ترس این‌که مبادا کسی به وسوسه افتد؛ بنابراین به طریق اولی نمی تواند قاضی شود؛ چه قضا نیازمند سخن و غیر آن است (*الخلاف*، ۲۱۴/۶).

در نقدی بر این استدلال باید گفت مفاد حدیث یاد شده بیان سنتی در نماز به عنوان یکـی از مراسـم عبادی است که توقیفی و سماعی بوده و باید تابع شارع بود. علاوه بر آن، تعمیم حکم نمـاز بـه قضـا بـر اساس مبانی مقبول در فقه امامیه، نیازمند علت منصوص یا اولویت قطعی است، درحالی‌کـه شـیخ طوسـی روی خوشی به تعلیل نشان نداده و در تاریخ فقه امامیه به عنـوان یکـی از مخالفـان تعلیـل شـناخته مـی شود(نک: تولّائی، *جایگاه تعلیل در فقه امامیه*، ۳۸، ۱۸۵). به هر تقدیر آنچه می تواند به عنوان نظـر شـیخ مطرح شود آن است که وی بر پایۀ روش جدلی خود به این احادیث استناد کرده است.

شایان ذکر است ابن بابویه (د۳۸۱ق)، فقیهی از مکتب اخباریـان متقـدم قـم در کتـاب *الخصـال* (۲/ ۵۸۵-۵۸۸) و *من لا یحضر* (۴/ ۲۶۳)، حدیثی را با سلسله سند خود نقل کرده که بـه طـور مسـتقیم بـه مسأله قاضی شدن زن پرداخته است. این دو حدیث، مورد استناد شیخ طوسی قرار نگرفت. مفـاد حـدیث اول که جابر بن یزید جعفی از امام باقر (ع) روایت کرده، شمارش ۷۳ خصـلت مربـوط بـه آداب زنـان و تفاوت احکام آنها با مردان است که یکی از آنها عدم تولیت قضا از سوی زن است (برای استناد به حدیث مذکور در فقه متأخر امامیه نک: عاملی، ۱۵/۲۰). موضوع حدیث دوم نیـز وصـایای نبـی اکـرم (ص) بـه حضرت علی (ع) است که همانند حدیث قبل، تولیت قضا برای زن نفی شده است.

۴. اصلی ترین دلیل شیخ طوسی در نفی جواز قاضی شدن زن، این است که « قضا » حکـم شـرعی است و جواز قاضی شدن زن نیازمند دلیل شرعی خواهد بود، و از آنجا که دلیل شرعی بـرای آن موجـود نیست، جایز نخواهد بود (*الخلاف*، ۲۱۳/۶).

این دلیل با استدلالی که در مبحث معاملات، برای نفی مشـروعیت برخـی از عقـود مـی آورد، قابـل مقایسه است. از نظر شیخ طوسی، «عقد» حکمی شرعی است و تنها با دلالت شرع ثابت می شود؛ از ایـن رو داد و ستد محقرات (کالاهای کم ارزش)، به جهت فقدان دلیل شرعی، بیـع نبـوده، بلکـه اباحـه اسـت (همـان، ۴۱/۳). معـاملاتی چـون «شـرکت وجـوه» نیـز بـه همـین دلیـل، فاقـد مشـروعیت خواهـد بود(همان،۳۳۱/۳-۳۳۲).

در تحلیلی بر این دلیل، با عنایت به استناد شیخ طوسی به دلالت اصل (اصل اباحه یا اصل جواز) در جابه جای *الخلاف*، باید متذکر گردید، قضا یکی از مناصب شرعی است که تحقق آن در خارج به «جَعل» نیاز دارد (برای سامان دهی این مبحث در فقه معاصر امامیه نک: بروجردی، *القضـاء*، ۶۰)، و از آنجـا کـه

قدر متیقن از ادلة نصب فقیه به عنوان قاضی در زمان غیبت، مرد است، و حتی در برخی از روایات از واژة «رجل» استفاده شده است (برای نمونه نک:حر عاملی، ۲۷/ ۱۳-۱۴، ۱۳۹)[۱]، نمی توان به اطلاق ادله دیگر استناد جست (برای رد این نظریه نک: انصاری، ۲۲۹). علاوه بر آن، مضمون ادله ای چون آیة شریفه: «خداوند به شما فرمان می دهد که امانتها را به صاحبان آنها بازگردانید، و چون بین مردم داوری می کنید دادگرانه داوری کنید . . .» (نساء/۵۸)، درصدد بیان کیفیت قضا است و نمی توان برای اثبات شرایط قاضی، چونان زن بودن او، بدان تکیه کرد. بدین ترتیب، دست کم دربارة قاضی شدن زن، شک داریم و اصل تأسیس شده در باب قضا، عدم نفوذ و عدم اذن است. در پایان باید افزود شیخ طوسی، در طرح مسأله «قاضی تحکیم»، با استفاده از کلمة « برجل من الرعیه»، به اخبار نصب قاضی استناد می کنند و این اخبار را بدون اختلاف جایز می داند (*الخلاف*، ۶ /۲۴۱-۲۴۲).

استناد به نصوص نصب در زمان غیبت، در عهد ملا احمد نراقی (د ۱۲۴۵ق) و صاحب جواهر (د ۱۲۶۶ق)، به تبع گسترش بحث «ولایت فقیه»، توسعه یافت و پس از اجماع که در مکتب حله بیان شده بود، به عنوان مهمترین دلیل مطرح گشت (نک: نراقی، ۱۷/ ۳۵؛ صاحب جواهر، ۴۰/ ۱۴). قول معروف در بین امامیه در سده های بعد این بود که قضا یکی از مناصب شرعی است و تحقق آن در خارج، نیاز به جعل و نصب از سوی رسول اکرم (ص) یا امام معصوم (ع) ، به طور خاص یا عام دارد و همانند وجوب امر به معروف و نهی از منکر نیست (برای نمونه نک: خوانساری، ۸/۶).

نتیجه

مطالعه و بررسی دربارة موضوع قاضی شدن زن در فقه اگر چه جدید نیست، اما می‌تواند با روش‌های گوناگون در حوزة مطالعات اسلامی انجام گیرد. روشی که چارچوب این مقالة پژوهشی را تشکیل می دهد، روش تاریخی است و می تواند الگویی برای سایر تحقیقات فقهی باشد. شیخ طوسی به عنوان نقطة عطفی در تاریخ فقه امامیه در گسترش کمی و کیفی فقه نقش زیادی داشته است. تمرکز بر روش طرح مسأله، چینش داده ها، ارائة مبانی و نتایج حاصله از آن در مسأله قاضی شدن زن در فقه او، با در نظر داشتن سیر تاریخی بحث، «صورت» مناسبی برای پرداختن به «محتوا» و تحلیل مسأله بر اساس مبانی اصولی به شیوة فقه جواهری، در سایر مباحث و مسائل فقهی فراهم می کند.

۱ . مثلاً روایت ابوخدیجه، سالم بن مکرّم جمال : « اجعلوا بینکم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا . . . » یا « لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئا من قضایا نا . . . ».

مسأله قاضی شدن زن در فقه را باید از جمله احکام اجتماعی و عمومی محسوب داشت که موضوع آن در واقع جامعه بوده و فرد از آن حیث که جزئی از جامعه است، مخاطب قرار گرفته است. از سوی دیگر روش معهود شارع مقدس در بیان این احکام، ذکر مستقیم به طور صریح یا دست کم ظاهر است، به گونه ای که هرگونه ابهام یا اجمال در بیان این احکام و جزئیات مربوط به آن که در مقام استنباط بر فهم فقیه تأثیر گذارد و مستلزم خللی در نظام حقوقی یا جزایی جامعه گردد، قابل تکیه نیست (نک: شمس الدین، ۸۴–۸۵، ۸۸). از این رو در جزئیاتی که با ابهام یا اجمال روبرو می گردیم ، معقول ترین راه، تمسک به کتاب الله و مسائل مأثور متلقات از معصومان (ع) و اخذ به کلیات مستنبط از آن است.

منابع

قرآن کریم.

ابن ابی الحدید، *شرح نهج البلاغه*، به کوشش محمد ابوالفضل ابراهیم، قاهره، ۱۳۸۵ق/۱۹۶۵م.

ابن ابی شیبه، عبدالله (د۲۳۵ق)، *المصنف*، به کوشش کمال یوسف حوت، ریاض، ۱۴۰۹ق.

ابن اثیر، علی، *الکامل فی التاریخ*، بیروت، ۱۳۹۹ق/۱۹۷۹م.

ابن ادریس حلی، محمد، *السرائر*، قم، ۱۴۱۰ق.

ابن بابویه، محمد، *الخصال*، به کوشش علی اکبر غفاری، تهران، ۱۳۸۹ق/۱۳۴۸م.

ـــــــــــ ، *المقنع*، قم، ۱۴۱۵ق.

ـــــــــــ ، *من لا یحضره الفقیه*، به کوشش سید حسن موسوی خرسان، نجف، ۱۳۷۸ق.

ابن براج، عبدالعزیز، *المهذب*، قم، ۱۴۰۶ق.

ابن حزم، علی، *المحلّی*، بیروت، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م.

ابن حمزه، محمد، *الوسیلة*، به کوشش محمد حسّون، قم، ۱۴۰۸ق.

ابن رشد، محمد، *بدایة المجتهد*، ۱۳۸۶ق/۱۹۶۶م.

ابن طاووس، علی، *کشف المهجة*، به کوشش محمد حسّون، قم، ۱۴۱۷ق/۱۳۷۵.

ابن عابدین، محمد، *رد المحتار (حاشیه)*، مصر، ۱۳۸۶ق/۱۹۶۶م.

ابن عربی، محمد، *عارضة الاحوذی*، دارالعلم، بی تا.

ـــــــــــ ، *القبس*، به کوشش محمد عبدالله ولد کریم، بیروت، ۱۹۹۲م.

ابن قاسم، عبد الحمان، *المدونة الکبری*، قاهره، ۱۳۲۳ق.

ابن قدامه مقدسی، عبدالله، *المغنی*، بیروت ، ۱۳۹۲ق/۱۹۷۲م.
ابن مرتضی، احمد، *البحر الزخار*، به کوشش عبدالله جرافی، بیروت، ۱۳۹۴ق/۱۹۷۵م.
ابن منذر، محمد، *الاقناع*، به کوشش عبدالله جبرین، ریاض، ۱۴۱۸ق.
ابن ندیم، محد بن اسحاق، *الفهرست*، بیروت، دارالمعرفة.
ابوالصلاح حلبی، *الکافی*، به کوشش رضا استادی، اصفهان، ۱۴۰۳ق.
احمد بن حنبل، *مسند*، بیروت، دارصادر.
انصاری، مرتضی، *القضاء و الشهادات*، قم، ۱۴۱۵ق.
بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضره*، به کوشش محمد تقی ایروانی، قم، منشورات جماعة المدرسین.
بخاری، محمد، *صحیح*، به کوشش مصطفی دیب بغا، بیروت، ۱۴۰۷ق/۱۹۸۷م.
بروجردی، حسین، *البدرالزاهر*، تقریرات به قلم حسینعلی منتظری، قم، ۱۳۶۲.
ــــــــــ ، *زبدة المقال*، تقریرات به قلم سید عباس حسینی قزوینی (ابوترابی)، قم، ۱۳۷۲ش/۱۴۱۴ق.
ــــــــــ ، «*القضاء*»، تقریرات به قلم سید عبدالرسول شریعتمداری جهرمی، چاپ شده ضمن شکوه *فقاهت*، قم، ۱۳۷۹.
بهوتی، منصور، *کشاف القناع*، به کوشش ابوعبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعیل شافعی، بیروت، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م.
بیهقی، احمد، *السنن الکبری*، به کوشش محمد عبدالقادرعطا، مکه، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.
پاکتچی، احمد، «*اسلام، اندیشه های کلامی در سدة نخست هجری*»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج۸.
ــــــــــ ، «*اسلام، سیر اندیشه های فقهی در تاریخ اسلام*»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج۸.
ترمذی، محمد، *سنن*، به کوشش احمد محمد شاکر و دیگران، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
تولّایی، علی، «*بروجردی*»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج۱۲.
ــــــــــ ، *جایگاه تعلیل در فقه امامیه*، رساله برای اخذ درجة دکتری در رشتة فقه و مبانی حقوق اسلامی، به راهنمایی دکتر محمد حسن حائری، دانشکده الهیات، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۴.
ثعالبی، عبدالملک، *ثمارالقلوب*، به کوشش محمد ابوالفضل ابراهیم، قاهره، ۱۳۸۴ق/۱۹۶۵م.
حرعاملی، محمد، *وسائل الشیعه*، قم، ۱۴۱۲ق.
حسام شهید، عمر، *شرح ادب القاضی للامام ابی بکر احمد بن عمر الخصاف*، به کوشش ابوالوفا افغانی و ابوبکر محمد هاشمی، بیروت، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.
حسینی خطیب، عبدالزهراء، *مصادر نهج البلاغه و اسانیده*، بیروت، ۱۴۹۵ق/۱۹۷۵م.
خرقی، عمر، «*مختصر*»، همراه المغنی ابن قدامه، ج ۱۱.

خوارزمی، محمد، *جامع مسانید الامام الاعظم*، حیدرآباد دکن، ۱۳۳۲ق.

خوانساری، احمد، *جامع المدارک*، تهران، ۱۴۰۵ق/۱۳۶۴م.

دائرة المعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی، تهـران، ج ۵، ۱۳۷۲؛ ج۷، ۱۳۷۷؛ ج۸، ۱۳۷۷ش، ج ۱۲، ۱۳۸۳.

رافعی، عبدالکریم، *فتح العزیز شرح الوجیز*، دارالفکر.

راوندی، سعید، *فقه القرآن*، به کوشش سید احمد حسینی، قم، ۱۳۹۷ق.

سلّار دیلمی، حمزه، *المراسم العلویه*، به کوشش سید محسن حسینی امینی، بیروت، ۱۹۹۴م/۱۴۱۴ق.

شریف رضی، *حقائق التأویل*، به کوشش محمد رضا آل کاشف الغطا، تهران، ۱۴۰۶ق.

شمس الدین، محمدمهدی، *أهلیة المرأة لتولی السلطة*، بیروت، ۱۹۹۵م.

شهید اول، محمد، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*، قم، ۱۴۱۴ق.

ـــــــــــ ، *اللمعة الدمشقیة*، قم، ۱۴۱۱ق.

شهید ثانی، زین الدین، *الروضة البهیة (شرح اللمعة)*، به کوشش محمد کلانتر، بیروت، مؤسسة الاعلمی.

ـــــــــــ ، *مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، ۱۴۱۴ق.

صاحب جواهر، محمد حسن، *جواهر الکلام*، به کوشش محمود قوچانی، تهران، ۱۳۹۴ق/۱۹۸۱م.

صنعانی، عبدالرزاق، *المصنف*، به کوشش حبیب الرحمان اعظمی، بیروت، ۱۴۰۳ق/۱۹۸۳م.

طبری، محمد بن جریر، *تفسیر*، بیروت، ۱۴۰۵ق.

طوسی، محمد، *التبیان*، به کوشش احمد حبیب قصیر العاملی، بیروت، داراحیاء التراث العربی.

ـــــــــــ ، تلخیص الشافی، به کوشش سید حسین بحرالعلوم، قم، ۱۳۷۴/۱۳۹۴.

ـــــــــــ ، *الخلاف*، به کوشش علی خراسانی و دیگران، قم، ۱۴۱۵ق.

ـــــــــــ ، *الفهرست*، به کوشش محمود رامیار، مشهد، ۱۳۵۱ق.

ـــــــــــ ، *المبسوط*، به کوشش محمد تقی کشفی، تهران، ۱۳۷۸ق.

ـــــــــــ ، *النهایة*، بیروت، ۱۳۹۰ق/۱۹۷۰م.

عاملی، محمدجواد، *مفتاح الکرامة*، به کوشش علی اصغر مروارید، بیروت، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۸م.

عرشی، امتیازعلی خان، *استناد نهج البلاغه*، ترجمه، تعلیقات و حواشـی از سـید مرتضـی آیـت الله زاده شـیرازی، امیرکبیر، ۱۳۶۳.

علامه حلی، حسن، *تذکرة الفقهاء*، قم، ۱۴۱۴ق.

ـــــــــــ ، *قواعد الاحکام*، قم، منشورات الرضی.

ـــــــــــ ، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، ۱۴۱۶ق/۱۳۷۴ش.

ـــــــــــ ، *نهج الحق و کشف الصدق*، با تعلیق عین الله حسنی ارموی، قم، ۱۴۰۷ق.

علی، جواد، *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام*، بیروت/بغداد، ۱۹۷۰م.

غنیمی، عبدالغنی، *اللباب فی شرح الکتاب*، به کوشش محمد محیی الدین عبدالحمید ، قاهره.

فاضل مقداد سیوری، *التنقیح الرائع*، به کوشش سید عبداللطیف حسینی کوه کمری، قم، ۱۴۰۴ق.

الفقه المنسوب للامام الرضا (ع)، مشهد، ۱۴۰۶ق.

فکرت، محمد آصف، *«ابوبکره»*، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج۵.

قاضی نعمان مغربی، *شرح الاخبار*، به کوشش سید محمد حسین جلالی، قم، ۱۴۰۹ق.

قدوری، احمد، *«مختصر»*، همراه اللباب غنیمی.

قرطبی، محمد، *تفسیر*، به کوشش احمد عبدالعلیم بردونی ، قاهره ، ۱۳۷۲.

کاسانی، ابوبکر، *بدائع الصنائع*، بیروت، ۱۳۹۴ق/۱۹۷۴م.

کیدری، محمد، *إصباح الشیعه*، به کوشش ابراهیم بهادری، قم، ۱۴۱۶ق.

ماوردی، علی، *الاحکام السلطانیة و الولایات الدینیة*، قاهره، ۱۳۸۰ق/۱۹۶۰م.

ــــــــــ *ادب القاضی*، به کوشش محیی هلال سرحان، بغداد، ۱۳۹۲ق/۱۹۷۳م.

ــــــــــ *الحاوی الکبیر*، به کوشش علی محمد معوض و عادل احمد عبدالموجود، بیروت، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.

محقق حلی، جعفر، *شرائع الاسلام*، به کوشش عبدالحسین محمد علی، نجف، ۱۳۸۹ق/۱۹۶۹م.

مرغینانی، علی، *الهدایة شرح بدایة المبتدی*، به کوشش محمد عدنان درویش، بیروت، شرکة دارالارقم.

مفید، محمد، *الجمل*، به کوشش سید علی میرشریفی، قم، ۱۴۱۶ق/۱۳۷۴.

ــــــــــ ، *المقنعة*، قم، ۱۴۱۰ق.

مقدس‌اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، به کوشش آقامجتبی عراقی و دیگران، قم، مؤسسة النشر الاسلامی.

منتظری، حسین علی، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة*، قم، ۱۴۰۸ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، تهران، منشورات شرکة الرضوان.

نجاشی، احمد، *رجال*، به کوشش موسی شبیری زنجانی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی.

نراقی، احمد، *مستند الشیعة*، قم، ۱۴۱۹ق.

نسائی، احمد، *سنن*، همراه با شرح سیوطی و حاشیه سندی، بیروت، ۱۳۴۸ق/۱۹۳۰م.

نوری، حسین، *مستدرک الوسائل*، قم، ۱۴۰۸ق/۱۹۸۷م.

نهج البلاغة، با شرح محمد عبده، به کوشش حسین اعلمی، بیروت، ۱۴۱۳ق/۱۹۹۳م.

وکیع، محمد، *اخبار القضاة*، به کوشش عبدالعزیز مصطفی مراغی، قاهره، ۱۳۶۶ق/۱۹۴۷م.

یعقوبی، احمد، *تاریخ الیعقوبی*، بیروت، ۱۳۷۵ق/۱۹۵۵م.